التكييف القانوني لمستثمر الشيء المرهون حيازياً
(دراسة مقارنة)

صدام فيصل كوكز المحمدي [1]

[1] أستاذ القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق.

البريد الإلكتروني: saddam_kokez@yahoo.com

ياسين جمعة محمد الدليمي [2]

[2] ماجستير في القانون المدني.

الملخص:

إنّ تحديد صفة الدائن المرتهن عند قيامه باستثمار الشيء المرهون حيازياً يستند، إمّا الى القول بأنّ الدائن المرتهن يعدّ نائباً عن الراهن عندما يقوم باستثمار الشيء المرهون، فهو يمارس سلطته على الشيء المرهون كمستثمر له لحساب ولمصلحة الراهن، وليس لحسابه ومصلحته هوَ، والقول بغير ذلك يؤدي الى حصوله على فوائد ربوية غير مشروعة، لأنّ الراهن عندما يسلم المرهون إلى الدائن المرتهن فإنّه يوكله وكالةً ضمنية في ادارته واستغلاله.

أو أنّه أي الدائن المرتهن يعدّ أصيلا عن نفسه حينما يقوم باستثمار الشيء المرهون، فيقوم بالاستثمار أصيلاً عن نفسه بمقتضى سلطة يخوّلها إيّاه حقه العيني في الرهن الحيازي، باعتبار أنّ الراهن يتنازل بموجب عقد الرهن عن إحدى سلطاته باعتباره مالكاً، وهي سلطة الاستغلال إلى الدائن المرتهن، الذي يستولي بموجبها باعتباره حائزاً قانونياً لمحل الرهن على ثمار محل الرهن نظير خصم الصافي منه من اصل الدين.

الكلمات المفتاحية:

الرهن الحيازي، استثمار المرهون، الدائن المرتهن، استغلال المال المرهون.

تاريخ إرسال المقال:2019/05/25، **تاريخ قبول المقال:**2019/06/17، **تاريخ نشر المقال:** 2019/07/31.

لتهميش المقال: صدام فيصل كوكز المحمدي، ياسين جمعة محمد الدليمي، " التكييف القانوني لمستثمر الشيء المرهون حيازياً (دراسة مقارنة) "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، 2019، ص ص.11-31.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: صدام فيصل كوكز المحمدي، saddam_kokez@yahoo.com

Legal qualification of the investor of the mortgaged object (Comparative Study)

Summary:

The determination of the creditor's title when investing the encumbered asset is based either on the argument that the mortgagee is a deputy to the current when investing the mortgaged property, it exercises its authority over the encumbered object as an investor for the account and interest of the present, not for its own interest and interest. To obtain to the illegal benefits, because the current when the mortgagor is handed over to the mortgagee creditor, it is entrusted by the agency implicit in its management and exploitation.

Or that any mortgagee is considered to be independent when it invests the mortgaged property, it shall make an independent investment under the authority vested in it by its inalienable right in the custodial pledge, as the present waives by virtue of the mortgage contract one of its powers as owner, Under which he shall be deemed to be a legal holder of the mortgage on the fruits of the place of foreclosure for the deduction of the net from that of the debt.

Keywords:

Mortgaging mortgage, mortgaged investment, mortgaged creditor, exploitation of mortgaged property.

Qualification juridique de l'investisseur de l'objet hypothéqué (Etude comparative)

Résumé:

La détermination du titre du créancier nanti lors de l’investissement de l’actif hypothéqué repose soit : sur l’argument selon lequel le créancier se substitue au débiteur lorsqu'il investit le bien hypothéqué et, il exerce son autorité sur l’objet nanti en tant qu’investisseur pour le compte du débiteur hypothécaire dans le cadre d’un mandat implicite, au risque d’obtenir des bénéfices illégaux., ou le créancier nanti représente lui-même lorsqu’il investit l’objet de l’hypothèque et ce, en vertu du pouvoir qui lui est dévolu par la forclusion hypothécaire où le débiteur renonce a son pouvoir d’exploitation au profit du créancier nanti.

Mots clés:

Forclusion hypothécaire, investissement de l’objet hypothéqué, créancier nanti, exploitation de l’objet hypothéqué.

مقدمة

تحتل التأمينات العينية، وخصوصاً الرهن الحيازي في الواقع العملي والقانوني مكانة متميزة، وتزداد هذه المكانة يوما بعد يوم، بحيث بدأ موضوع عقود الرهن بنوعيها التأميني والحيازي عموماً، والرهن الحيازي على وجه الخصوص، يدخل في مجالات كثيرة في الحياة الاقتصادية والتجارية والاستثمارية، بل أصبحت الحاجة إليه وادة في كثير من مفاصل الحياة اليومية على مستوى الافراد العاديين وعلى مستوى المهنين من قبيل المصارف والشركات والمؤسسات المالية عموماً، بحيث ألفينا نجد عمليات الرهن تجري ضمن الصفقات التجارية أو الاستثمارية، وخصوصا تلك العمليات التي تحتوي على جانب التمويل والائتمان، وكلما كانت تلك العمليات والصفقات كبيرة القيمة، زات قيمة الرهن فيها، بحيث لم نعد نجد عملية تمويلية أو ائتمانية تخلو من رهن بواحدة من صورتيه، ولما كان ما يهمنا من الرهن، هو صورته التي يكون فيها الدائن المرتهن حائزاً للمال المرهون، واضعاً إياه تحت سيطرته الفعلية والمادية، فإنّ هذا يعني أنّ قيم إقتصادية سوف تكون معطلة إلى حدّ ما، من أن يتم استثمارها من قبل مالكها ، سواء للغرض الذي أعدّت من أجله أو لأغراض أخرى يمكن أن تؤديها بحكم تكوينها أو تركيبها المادي أو بمجرد ادخال تعديلات عليها، وبالتأكيد من يقوم بهذا الاستثمار هو الدائن المرتهن نفسه أو من ينوب عنه، ولذلك نكون أمام نتيجتين مهمتين هما:

الأولى تتمثل بأداء المال المرهون حيازياً لوظيفته كضمان مادي يسيطر عليه الدائن المرتهن بنفسه، والثانية هي أنّ المرهون لم تتعطل القيمة الاقتصادية له، بذات الوقت الذي يتم فيه أداء الوظيفة التي صنع من أجلها أو التي يمكن أن يؤديها، بدلاً من خزنها وحفظها بلا فائدة مباشرة، لحين أن يحل أجل السداد أو التنفيذ، بالنسبة للقرض او الالتزام المضمون بالرهن.

إشكالية الدراسة

تتمحور إشكالية الدراسة حول فكرة التوصيف القانوني الدقيق لمركز مستثمر المال المرهون حيازيّاً، بين كونه خاضع لفكرة النيابة وبالتالي يكون المستثمر نائباً ويخضع للأحكام التي تقر وفق نظام النيابة، أو أنّه يعدّ أصيلاً يمارس حقاً من حقوقه المقررة وفق القانون لصاحب الحق، وهو الأمر الذي يمكننا من الخروج بنتائج تعكس أهمية الموضوع وتبرز جدواه من الناحيتين العلمية والعملية، كون تحديد التكييف القانوني للمستثمر سيحدد المركز القانوني له، وبالتالي سيكون أساساً للحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عملية الاستثمار اللاحقة للرهن الحيازي.

أهمية الدراسة

لا شك أنّ الرهن الحيازي له دور كبير في تشجيع عملية الائتمان في الحياة العملية، وأنّ عقد الرهن الحيازي يعدّ من أهم أدوات الائتمان وفقاً لنظم التأمينات العينية التبعية وأكثرها شيوعاً، وتكمن أهميته في أنّه من أهم عقود التوثيق والضمان في القانون المدني، وذلك على اعتبار أنّ المعاملات المالية تمثّل عصب الحياة التجارية والاقتصادية الذي لا غنى عنه في أيامنا هذه.

نطاق البحث

لما كان عقد الرهن الحيازي عقد يترتب آثاراً مهمة، يتمثل أبرزها في مدى إمكانية استثمار الشيء المرهون الذي انتقلت حيازته من الراهن إلى الدائن المرتهن أو العدل، ففكرة استثمار الشيء المرهون الذي خرجت حيازته من مالكه، على الرغم من أهميتها العملية، إلّا أنها لم تحض بالاهتمام الكافي من قبل الباحثين، وعليه فإنّنا لن نبحث عملية استثمار المرهون حيازياً بكل تفصيلاتها لأنّ ذلك لا يمكن الإلمام به في بحث واحد، بل سنركز على بحث جانب من جوانبها، وهو الجانب المتمثل بتحديد التوصيف القانوني لمركز مستثمر الشيء المرهون حيازياً، لما يثيره في الواقع العملي من إشكاليات تتعلق بإعطاء الوصف القانوني الدقيق للقائم بعملية الاستثمار.

منهج البحث

ستعتمد الدراسة على المنهج التحليلي المستند إلى التحليل الدقيق على نصوص القانون وآراء الفقه وأحكام القضاء بخصوص هذا الموضوع، معتمدين على أسلوب المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وبقية القوانين المدنية التي عالجت الموضوع، كلما تيسر الحصول عليها، وكلما اقتضت مواضع البحث الاشارة إليها وكلما كانت الاشارة إليها ذات جدوى في التحليل.

خطة البحث وهيكليته

تعالج خطة البحث الاساسية هنا؛ الوصف القانوني الدقيق للدائن المرتهن عند قيامه باستثمار الشيء المرهون حيازياً، إذ أنّ الفقه القانوني على الرغم من إجماعه على التزام المرتهن أو العدل باستثمار الشيء المرهون، إلا أنّه قد اختلف الى عدة اتجاهات إزاء تحديد الصفة القانونية للدائن المرتهن عند قيامه باستثمار الشيء المرهون، وبرز في هذا الصدد عدة اتجاهات، أبرزها اتجاهان، الأول ويذهب أصحابه إلى القول بأنّ المرتهن يُعدّ نائباً عن الراهن، والاتجاه الثاني ويذهب أصحابه إلى القول بأنّ المرتهن يُعدّ أصيلاً عن نفسه عند قيامه بعملية استثمار المرهون حيازياً.

كل ذلك؛ نبتغي تحقيقه من خلال خطة علمية، نقسم فيها البحث إلى ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول الاتجاه الفقهي القائل بتبني فكرة النيابة، وفي الثاني الاتجاه الفقهي القائل بتبني فكرة الأصالة، وفي المبحث الثالث فكرة الأصالة والنيابة بين القبول والرفض.

وفي خاتمة البحث يمكن أن نستعرض أبرز النتائج والمقترحات التي ارتأينا التركيز عليها وتسليط الضوء عليها.

المبحث الأول: الاتجاه القائل بتبني فكرة النيابة

استند الفقه في البداية إلى فكرة النيابة، كأساس لتبرير استثمار الدائن المرتهن للمال المرهون حيازياً، ورجع في ذلك إلى القواعد العامة في النيابة، مما يدعونا إلى التساؤل حول ماهية هذا الاستناد، ومدى صحته في تبرير عملية الاستثمار التي تقع على المال المرهون، لذلك فإنّنا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نستعرض في الأول الاتجاه القائل بتبني فكرة النيابة، ونتناول في الثاني تقييم مضمون هذا الاتجاه من خلال بيان أبرز الحجج التي استند اليها أصحاب هذا الاتجاه، وأبرز الانتقادات التي وجهت إليهم، وكما يلي:

المطلب الاول: نيابة المستثمر عن الراهن في استثمار المال المرهون

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ استثمار الدائن المرتهن للشيء المرهون إنّما يتم تأسيساً على أنّ المرتهن لا يعدو أن يكون نائباً[1] عن الراهن، فهو يمارس سلطته على الشيء المرهون كمستثمر له، لحساب ولمصلحة الراهن، وليس لحسابه ومصلحته هوَ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى حصوله على فوائد ربوية غير مشروعة[2]،

---

[1] تجدر الاشارة الى أنّ المقصود بالنائب هو من يتولى إدارة شؤون غيره في تصرفات معلومة جائزة، باختلاف السند الذي خول النائب ذلك، فإن كان السند الذي خوله عقد بينه وبين المنوب عنه، سميت الإنابة بالنيابة الاتفاقية، وصورتها قانونا عقد الوكالة الشائع المعروف، اما إن كان السند الذي خوله نص في قانون أو نظام او تعليمات او لائحة سميت نيابته حينئذٍ بالنيابة القانونية، وصورها متعددة منها الولي والقيم والمدير الذي تنصبه القوانين المعنية نائباً عن المنوب عنه كالقاصر وغيره، وإن كان السند الذي خوله هو قرار قاضي سميت نيابته بالنيابة القضائية، ومن صورها الوصي المنصب قضائياً على القاصر... للمزيد من التفصيل ينظر د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980، ص55.

[2] ينظر في هذا الاتجاه: د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه: الحقوق العينية، ج2، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص532. ود. حسام الدين كامل الاهواني: التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ط3، بدون ناشر، بدون مكان نشر، 2000، ص684. ود. سليمان مرقس: التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، المطبعة العالمية، القاهرة، 1951، ص417. ود. شفيق شحاته: النظرية العامة للتأمين العيني، ط3، المطبعة العالمية، القاهرة، 1955، ص139. ود. محمد علي إمام: التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص527. ود. محمود جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، ط3، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1979، ص406. ود. حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية– دراسة تحليلية مقارنة، ط1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1980، 216. واسعد دياب: أبحاث في التأمينات العينية، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1988، ص120. ود. يوسف محمد عبيدات: الحقوق العينية التبعية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2011، ص315. ود. علي هادي العبيدي: الحقوق العينية، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص317.

إضافة إلى ذلك فإنّ هذا الرأي يساير ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي، إذ يرى بعض الفقهاء الفرنسيين[1] أنّ المرتهن يستثمر المرهون بصفته نائباً عن الراهن بزعم أنّ الراهن عندما يسلم المرهون إلى الدائن المرتهن، فإنّه يوكله وكالةً ضمنية في إدارته واستغلاله.

وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه حول طبيعة هذه النيابة، فالبعض[1] يرى أنّ هذه النيابة هي نيابة اتفاقية، فالدائن المرتهن يعتبر وكيلاً عن الراهن في استثمار المال المرهون، إذ يرون أنّ عقد الرهن يتضمن توكيلاً من الراهن إلى الدائن المرتهن في استثمار المال المرهون حيازياً، فتسليم الشيء المرهون إلى المرتهن يتضمن وكالةً ضمنية له من الراهن في استثمار المرهون ما لم يتفق على غير ذلك.

لذا فإنّ الدائن المرتهن يستثمر الشيء المرهون لحساب ولمصلحة الأصيل وهو المدين الراهن، وتعدّ عوائد الاستثمار التي في حيازة الدائن المرتهن ملكاً للمدين الراهن، وإجراء أي خصم من هذه العوائد لاستنزال مستحقات الدائن المرتهن، لابد وأن يدعمه ويوثقه كشف حساب دقيق ومفصل يقدّمه المرتهن إلى الراهن، أي يجب على الدائن المرتهن أن يقدم للراهن حساباً مفصلاً عن هذه العوائد[2] كل هذا ما لم يتفق الراهن والمرتهن على عدم استثمار المرهون، إذ يجوز الاتفاق على أن يترك الشيء المرهون من دون استثمار، لأنّ هذا الالتزام وإن كان من طبيعة الرهن الحيازي، إلا أنّه ليس من مستلزماته، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه[3].

غير أنّه يؤخذ على هذا الاتجاه أنّ الوكالة تقتضي اتجاه إرادة الطرفين المتعاقدين إليها صراحةً او ضمناً، إذ يصعب القول بأنّ إرادة الراهن قد اتجهت إلى توكيل المرتهن عنه في إدارة المال المرهون واستغلاله، إذ أنّه كان يفضل استبقاء المال المرهون في حيازته ليباشر عليه الإدارة والاستغلال بنفسه، ولذلك قالوا أنّ النيابة هنا ليست اتفاقية (وكالة)، بل هي نيابة قانونية تقررت بنص القانون[4]، لأنّ الراهن يجد نفسه بحكم ما يرتبه القانون على الرهن الحيازي من آثار، ملزماً بأن يترك حيازة محل الرهن وإدارته والقيام باستثماره للمرتهن، فالقانون وليس الاتفاق بين الراهن والمرتهن هو الذي فرض على المرتهن سلطة استثمار المال المرهون لحساب الراهن، فقد كان المشرع حريصاً على المال المرهون، والذي بموجب الرهن الحيازي انفصل مادياً عن صاحبه الراهن وانتقل إلى حيازة المرتهن، لذا ومنعاً لتعطل هذا المال عن الاستثمار ألقى المشرع على عاتق الدائن المرتهن التزاماً باستثماره نيابةً عن الراهن ولحسابه، وعليه فإنّ الدائن المرتهن وبناءً على هذا الرأي يستمد نيابته عن الراهن من القانون.

وإذا كنّا لا نستطيع الجزم بأنّ النيابة هنا هي نيابةً قانونية، وكذلك لا نستطيع الجزم بأنّها نيابةً اتفاقية، وذلك فيما يتعلق بالاستثمار المعتاد للشيء المرهون، فإنّه مع ذلك يمكن الجزم بأنّ النيابة المتعلقة بالاستثمار غير المعتاد للشيء المرهون، والذي يؤدي إلى إحداث تغييرات أساسية في الشيء المرهون أو تعديل في الغرض

---

[1] Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissment, des privileges et hypotheques*, T. II, n°. 182 et 213.

أشار إليه د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1950، ص600.

الذي أُعدّ له هي نيابة اتفاقية، ذلك أنّ الاستثمار غير المعتاد للشيء المرهون لا يمكن أن يتقرر إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين.

ونخلص من كل ما تقدم ،أنّ هذا الاتجاه يرى في الدائن المرتهن مجرد نائب عن الراهن سواء كانت هذه النيابة إتفاقية أم قانونية.

المطلب الثاني: تقييم فكرة نيابة المستثمر للراهن في استثمار المال المرهون

لتوضيح هذا المطلب بالشكل الذي يكفل توضيح حقيقته، سنقسمه إلى فقرتين متتاليتين، نتناول في الأولى الحجج التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه، وفي الثانية الانتقادات التي تعرض لها أنصار هذا الاتجاه، وكما يلي:

أولاً: حجج أنصار فكرة النيابة

استند أنصار هذا الاتجاه فيما ذهبوا إليه إلى الأدلة التالية:

1-إنّ ثمار الشيء المرهون تعتبر حقاً خالصاً للمدين الراهن، ولا يدحض ذلك كون تلك الثمار لا تؤدى إلى هذا الأخير، إذ أنّها في النهاية تخصم من الدين المضمون بهذا الرهن، وما دام الأمر كذلك فإنّ الدائن المرتهن يعتبر في استثمار الشيء المرهون نائباً عن المدين الراهن[5].

2- إنّ النصوص القانونية صريحةً في إلزام الدائن المرتهن باستثمار محل الرهن ما لم يكن قد أُعفيَ من هذا الالتزام بموجب اتفاق بينه وبين الراهن، إضافة إلى ذلك فإنّ نصوص القانون قاطعةً في عدم جواز انتفاع المرتهن بغلة محل الرهن دون مقابل، إذ بدفعه لهذا المقابل تأكيداً لصفته كنائب عن صاحب العين المرهونة[1].

---

(1) د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص139. كذلك د. محمد علي إمام، المرجع السابق، ص527-528. وهذا الاتجاه قد أخذت به محكمة النقض المصرية، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها ((إنّ الدائن المرتهن رهن حيازة، يعتبر أنّه وكيل عن المدين الراهن في استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها، وأنّ عليه بهذا الوصف أن يقدم حساباً مفصّلاً عن ذلك، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما)). قرار رقم (214 / نقض مدني/ 1950 في 23/ 11/ 1950)، أشار إليه د. أحمد محمود سعد، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص749.

(2) د. عبد المنعم البدراوي: التأمينات العينية، مكتبة سيد عبدالله وهبه، القاهرة، 1980، ص357.

(3) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه: المرجع السابق، ص531.

(4) د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص417.

(5) د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، جامعة بغداد ، بلا سنة طبع، ص228. كذلك د. محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص407.

ثانياً: الانتقادات التي تعرض لها أنصار فكرة النيابة

بالرغم من الحجج التي قيلت في تبرير الاتجاه الفقهي القائل بتبني فكرة النيابة، فإنّه مع ذلك قد تعرض لعدة انتقادات يمكن إيجازها فيما يلي:

1-إنّ النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية بينما قد يتم الاستثمار بأعمال مادية، ومن ثم فإنّ فكرة النيابة تضيق عن استيعاب كل طرق استثمار المال المرهون. إذ أنّ فكرة النيابة لا تفيد في تحديد مركز الدائن المرتهن عندما يستغل الشيء المرهون بنفسه ،لأنّ المسلم به أنّ النيابة تكون في التصرفات القانونية وقيام المرتهن بالاستغلال بنفسه يعتبر عملاً مادياً[2].

2- إنّ نية الوكالة لا بد وأن تكون واضحة، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أم ضمنية، فالوكالة هي عقد يوكل به شخص آخر في أن يقوم بعمل قانوني لحسابه، لذا يجب أن تظهر نية الوكالة واضحة، وهذه النية قلما ترد على خاطر طرفي عقد الرهن[3] عندما يسلم الراهن الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن[4].

3- إنّ فكرة النيابة التي يقوم عليها هذا الاتجاه لا تستقيم مع أحكام القانون المدني، إذ من المعلوم أنّ من بين تلك الأحكام ما يجيز تأجير العقار المرهون إلى الراهن مع بقاء عقد الرهن سارياً في مواجهته[5]. ولو جاز القول باعتبار الراهن أصيلاً والمرتهن نائباً عنه في مثل هذا التصرف، لأصبح الراهن مؤجراً ومستأجراً في ذات الوقت وفي ذات العقد، وذلك من الاستحالة بمكان، إذ كيف يتعاقد الوكيل عن موكله لموكله بحيث يكون العقد من الراهن وللراهن![6].

---

(1) د. محمد علي إمام: المرجع السابق، ص526 وما بعدها. كذلك د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص416. كذلك د. محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص406.

(2) د. جميل الشرقاوي: دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص359. كذلك د. منصور مصطفى منصور: التأمينات العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1963، ص233.

(3) ولصعوبة افتراض هذه النية، ذهب الدكتور سليمان مرقس إلى أنّ مصدر هذه النيابة هو القانون، ينظر مؤلفه- التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، المرجع السابق، ص417. كذلك د. عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق، ص357.

(4) د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص600-601.

(5) وهو الحكم المستفاد من نص المادة (2/1337) مدني عراقي، يقابلها في التقنينات المدنية العربية نص المادة (1115) مدني مصري، والمادة (115) من قانون الملكية العقارية اللبناني، والمادة (1069) مدني سوري، والمادة (1/1403) مدني أردني، والمادة (1049) مدني كويتي، والمادة (1/1485) معاملات مدني إماراتي.

(6) د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص359. ويعقب د. عبد الفتاح عبد الباقي في ذات المرجع والموضع السابقين، على ذلك بقوله ((ويترتب على هذا الإيجار التزام الراهن بدفع الأجرة المتفق عليها للمرتهن، فكيف يستقيم هذا الحكم مع القول بأنّ المرتهن يعتبر وكيلاً عن الراهن !)) .

4- إنّ القول باعتبار المرتهن نائباً عن الراهن ،يتعارض في بعض الأحيان مع النصوص القانونية[1] التي تحظر على من يملك حق الإدارة فقط ،أن يعقد إيجاراً لمدة تزيد على ثلاث سنوات، وذلك بحسب أنّ النظر إلى المرتهن على أنّه نائب عن الراهن يستتبع نفاذ الإيجار المبرم من المرتهن مع الغير لمدة تزيد على ثلاث سنوات[2].

لكل ذلك لم يقوَ هذا الاتجاه الفقهي على الصمود أمام سهام النقد والاعتراض، وإن حاول القائلون به رد اعتراضات المعترضين.

المبحث الثاني: الاتجاه القائل بتبني فكرة الأصالة

نظراً للانتقادات التي لم يسلم منها الاتجاه الأول القائل بالاستناد إلى فكرة النيابة، فقد ظهر توجّه آخر، حاول أنصاره الابتعاد عن فكرة النيابة، ويقترب من فكرة الأصالة، التي تسند حق المرتهن إلى عقد الرهن نفسه، عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول بيان موقف أصحاب هذا الاتجاه القائل بتبني فكرة الأصالة، ونتناول في الثاني بيان أبرز الحجج التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه، وأبرز الانتقادات التي وجهت إليهم، وكما يلي:

المطلب الاول: مستثمر المال المرهون أصيلا لا نائبا

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الدائن المرتهن يقوم بالاستثمار أصيلاً عن نفسه بمقتضى سلطة يخولها اياه حقه العيني في الرهن الحيازي، باعتبار أنذ الراهن يتنازل بموجب عقد الرهن عن إحدى سلطاته باعتباره مالكاً، وهي سلطة الاستغلال الى الدائن المرتهن، الذي يستولي بموجبها باعتباره حائزاً قانونياً لمحل الرهن على ثمار محل الرهن نظير خصم الصافي منه(بعد استنزال نفقات إنتاجها) من أصل الدين، وبذلك فإنّ الدائن المرتهن يقوم باستثمار محل الرهن باعتباره أصيلاً عن نفسه لا وكيلاً عن الراهن.[3]

---

[1] نص المادة (724) مدني عراقي، تقابلها المادة (559) مدني مصري، والمادة (41) من قانون الملكية العقارية اللبناني، والمادة (527) مدني سوري، والمادة (562) مدني كويتي، ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون المدني الأردني والقانون الإماراتي.

[2] د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص359 في الهامش.

[3] ينظر في هذا الاتجاه : د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1953، ص147. وشاكر ناصر حيدر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الحقوق العينية العقارية، ج2، مطبعة المعارف، بغداد، 1959، ص213. ود. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني, ج10, (التأمينات الشخصية والعينية), دار إحياء التراث العربي, بيروت, لبنان, 1964، ص815. ود. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص601. ود. شمس الدين الوكيل: نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959، ص516. ود. محمد كامل مرسي باشا: التأمينات الشخصية والعينية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1949، ص271. ود. محسن عبد الحميد البيه، التأمينات الشخصية

وعليه فإنّ الدائن المرتهن في الرهن الحيازي يستأثر بسلطة من سلطات المالك الأساسية، وهي استثمار المال المرهون، ومقابل هذا الاستئثار هو استهلاك الدين وملحقاته من عوائد الاستثمار، وبهذه المثابة يتجاوز الرهن الحيازي دور الضمان الخاص الذي يكفل تنفيذ الالتزام جبراً عند عدم قيام المدين بأدائه، ليصبح وسيلةً للوفاء التدريجي بالالتزام[1].

ولا تعتبر هذه السلطة حسب رأي بعض الفقهاء[2] نتيجة حتمية لحق الدائن في حبس المال المرهون، فقد عرفت بعض النظم القانونية الضمان الخاص الاتفاقي، الذي يكفل للدائن المرتهن حق حبس المال المحمل بالتأمين دون أن يخوله سلطة استثماره أو يلزمه بذلك، وهذا هو طابع الرهن الحيازي الوارد على المنقول في بعض القوانين المدنية العربية[3] والقانون المدني الفرنسي[4].

ويؤيّد هذا الرأي– أي الرأي القائل بأنّ الدائن المرتهن يعتبر أصيلاً، أي صاحب سلطة في قيامة بهذا الاستثمار، ما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، من أنّ الحق في أخذ الغلة وخصمها هو عنصر من عناصر حق الرهن، فالدائن المرتهن يستولي على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائباً عن الراهن[5].

والعينية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998، ص595. ود. منصور مصطفى منصور: المرجع السابق، ص234. ود. عبدالمنعم البدراوي: المرجع السابق، ص359. ود. نعمان محمد خليل جمعه، الحقوق العينية، ج1، الحقوق العينية التبعية، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1981، ص192. ود. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص239. ود. حمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968، ص382. ود. رمضان أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران: التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص501.

(1) شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص517 في الهامش.

(2) د. صلاح الدين الناهي: المرجع السابق، ص154. ود. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص516.

(3) كالقانون اللبناني الذي لا يلزم الدائن المرتهن بالاستثمار إلا إذا كان المرهون عقارا– أما إذا كان محل الرهن منقولاً فلا يكون للدائن المرتهن إلا حق الحبس ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك. ينظر المادة (111) من القرار رقم 3339 الخاص بالملكية العقارية، والمادة (2/10) من المرسوم الاشتراعي رقم 46 الخاص بالمنقول. وذات القول ينطبق على القانون المدني السوري: ينظر المواد (1/1036) و(1/1065) مدني سوري.

(4) فالرهن الحيازي الوارد على المنقول في القانون المدني الفرنسي لا يخول الدائن المرتهن سوى حق الحبس، إذ يعتبر الأصل أنّ المرتهن ليس له استغلال المرهون ولا استعماله إلا إذا رضي الراهن بذلك صراحة أو ضمناً، فيكون المرهون وديعةً فقط في يد المرتهن لضمان امتيازه. ينظر المادة (2079) مدني فرنسي، أما في العقار فقد خول القانون المدني الفرنسي الدائن المرتهن حق استغلال العقار المرهون على شرط استنزال الغلة سنوياً من الفوائد اذا كانت مستحقة، ثم من أصل الدين (المادة 2085) مدني فرنسي.

(5) ينظر: موسوعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج7، الحقوق العينية التبعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص266.

فأصحاب هذا الاتجاه يرون أنّ حق الدائن المرتهن في استغلال محل الرهن[1] يتولد من حق الرهن ذاته، لأنّه من الحقوق التي يمنحها الرهن الحيازي للمرتهن، ويترتب على كونه حقاً للمرتهن منع الراهن من الحيلولة بين المرتهن وبين ممارسة سلطة الاستثمار التي يباشرها باعتباره أصيلاً عن نفسه[2]، ويصل أصحاب هذا الاتجاه من شراح القانون بالمرتهن إلى مركز يقترب من مركز المنتفع الذي يستمد حق استثمار المال من حق الانتفاع المقرر له عليه، مع الإقرار بوجود فرقين جوهريين بين المرتهن حيازياً وبين المنتفع، بالنسبة إلى الاستثمار، فالاستثمار مجرد حق للمنتفع، بمعنى أنّ له أن يستثمر المال أو ألّا يستثمره، ولكنه بالنسبة إلى المرتهن حق وواجب معاً، بمعنى أنّ الدائن المرتهن إذا ترك الشيء المرهون بدون استثمار تحركت مسؤوليته قبل الراهن، والفرق الثاني هو أنّ المنتفع يأخذ الثمار لنفسه، أما الدائن المرتهن فهو وإن أخذ الثمار، إلا أنّه لا يأخذها بدون مقابل، بل يخصم صافيها من قيمة الدين المضمون[3].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أهميةً عملية إلى ما ذهبوا إليه من تأسيس قيام الدائن المرتهن بواجب الاستثمار على حقه العيني، مفاد هذه الأهمية أنّ اعتبار حق المرتهن في الاستثمار مستمداً من الرهن ذاته يؤدي إلى انقضاء الإيجار الذي يعقده المرتهن بانقضاء الرهن، لأنّه بعد ذلك الوقت لا تكون له صفةً في إجرائه، هذا ما لم يجز الراهن الإيجار عن المدة الزائدة، وهذا يتطابق مع ما قررته النصوص القانونية المتعلقة بالإجارة الصادرة من صاحب حق المنفعة[4] والقاضية بانتهاء هذه الإجارة بمجرد انتهاء حق المنفعة إذا لم يجزها مالك الرقبة، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء، والمواعيد اللازمة لنقل محصول الأرض الزراعية، وذلك بطريق القياس على الحكم بالنسبة لعقد الإيجار الصادر من المنتفع لاتحاد العلة فيهما[5]، وعليه وعليه فإنّ الراهن وإن كان له أن يؤجر المرهون لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، إلا أنّ هذا الإيجار ينتهي في مواجهة الراهن بانقضاء الرهن، وإن كانت مدته لم تنقضِ بعد، ولا يكون للمستأجر في هذه الحالة إلا أن يرجع بالتعويض على المؤجر له، وهو المرتهن إن كان للتعويض محل.

---

(1) فهؤلاء يرون أنّ استثمار المال المرهون هو حق للدائن، وواجباً عليه، مظهر الحق فيه أنّه يستأثر بالثمرات وحده فلا يشاركه فيها أحد، ومناط الواجب أن هذا الاستثمار يقع بمقابل، يتمثل في خصم الدين وملحقاته. ينظر د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص517.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص601.

(3) د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص602. كذلك د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص518. كذلك د. عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق، ص358.

(4) ينظر: المادة (732) مدني عراقي، يقابلها في التقنينات المدنية العربية نص المادة (560) مدني مصري، والمادة (42) من قانون الملكية العقارية اللبناني وكذلك المادة (541) من قانون الموجبات والعقود اللبناني المختلفتين عن النص العراقي بعض الشيء، والمادة (528) مدني سوري، والمادة (1/563) مدني كويتي، والمادة (791) معاملات مدنية إماراتي، ولا يوجد لهذا النص مقابل في القانون المدني الأردني.

(5) د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص603.

المطلب الثاني: حجج أنصار فكرة الأصالة والانتقادات الموجهة إليهم

لتوضيح هذا المطلب بالشكل الذي يكفل توضيح حقيقته، سنقسمه إلى فقرتين متتاليتين، نتناول في الأولى الحجج التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه، وفي الثانية الانتقادات التي تعرض لها أنصار هذا الاتجاه، وكما يلي:

أولاً: حجج أنصار فكرة الأصالة

من خلال ما ذكر آنفاً، يمكن أن نستخلص أهم الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه فيما ذهبوا إليه، من اعتبار الدائن المرتهن أصيلاً عن نفسه عند قيامه باستثمار المرهون حيازياً، وهذه الأدلة هي:

1-إنّ المدين الراهن في الرهن الحيازي يعتبر بتسليمه محل الرهن إلى الدائن المرتهن متنازلاً عن سلطته في استثمار الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، وهو ما يستتبع القول بأنّ الدائن المرتهن يعتبر في قيامه بهذا الاستثمار أصيلاً عن نفسه باعتباره حائزاً قانونياً[1].

2- لما كان للدائن المرتهن حق عيني على المرهون، وهو حق الرهن، فمن حق الرهن هذا يستمد الدائن المرتهن سلطة استثمار الشيء المرهون، ومن ثم يكون حقه في أخذ الغلة عنصر من عناصر حق الرهن، وبالتالي يكون الدائن المرتهن في استثماره الشيء المرهون أصيلاً عن نفسه[2].

3- إنّ القول بأنّ الدائن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه عند قيامه باستثمار المرهون، له ما يؤيده في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، حيث جاء فيها ((والحق في أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن، فالدائن المرتهن يستولي على الغلة أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن الراهن))[3]، وقد علق أحد أنصار هذا الاتجاه على ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بذكره أنّ في صراحة هذا القول ما يغني عن كل تعليق[4].

4- إنّ ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه قد تأيّد بأحد الأحكام الصادرة عن المحاكم المصرية[5]، والذي جاء فيه ((إنّ الدائن المرتهن لا يعتبر وكيلاً عن الراهن، وإن كان مسؤولاً عما يستغله من الرهن، لأنّ الوكالة عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته)).

---

(1) د. شمس الدين الوكيل:المرجع السابق، ص515 وما بعدها.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص602.

(3) ينظر موسوعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج7، المرجع السابق، ص266.

(4) د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص601.

(5) حكم محكمة أسيوط الصادر في 10/27 سنة 1930. أشار إليه د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص601 في الهامش.

ثانياً: الانتقادات التي واجهتها فكرة الأصالة

إنّ هذا الاتجاه الفقهي قد تعرض هو الآخر للنقد والاعتراض، ولعل من أبرز المآخذ التي أُخذت عليه هي الآتي:

1–لقد أُخذ عليه التناقض في اعتبار استثمار محل الرهن حقاً للمرتهن وواجباً عليه في ذات الوقت، لأنّ الحق في نظرية القانون نقيض الواجب، ولا يمكن في الحقيقة أن يكون استثمار المرهون حقاً للمرتهن، إلا إذا خول له الرهن حق الاحتفاظ بالغلة، حينئذٍ يمكن القول كما ذهب أصحاب هذا الاتجاه، أنّ المرتهن يستأثر بسلطة تتفرع عن حق الملكية، ويصبح الرهن حقاً عينياً يقترب من حق الانتفاع، إنّما لا يمكن التسليم بهذا التكييف، ولا بالتقريب بين المرتهن والمنتفع، إذا كان المرتهن لا يستطيع أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، لأنّ ذلك يتعارض مع صراحة النصوص القانونية[1] التي لا تجيز للدائن المرتهن الانتفاع بالشيء المرهون دون مقابل، ويصبح التقريب بينهما بمثابة تعداد لأوجه اختلافهما[2].

وقد رد أنصار هذا الاتجاه على هذا المأخذ بالقول، إنّ هذا الرأي المتقدم لم يقبل التصوير القانوني الذي ارتضيناه للدائن المرتهن رهناً حيازياً، فالدائن المرتهن يعتبر حائزاً قانونياً لحق الرهن.

وفي الحقيقة فإنّ هذا التصوير القانوني، هو التصور الذي نرجّح الأخذ به، كونه لا يتعارض مع اعتبار استثمار المال المرهون من الالتزامات التي تلقى على عاتق الدائن المرتهن، وذلك لأنّ الرهن الحيازي، هو تأمين عيني خاص يقوم على تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون، ويفضي إلى تقرير حق عيني تبعي عليه، مضمون هذا الحق يتضمن فضلاً عن السلطات التقليدية في الحقوق العينية التبعية، وهي الأفضلية بالتقدم والتتبع، سلطة أخرى وهي استثمار المال المرهون، وخصم الدين بأصله وملحقاته من غلة الاستثمار، وكأنّ الراهن إذا نقل إلى الدائن سلطة الاستثمار المتفرعة عن حق الملكية، يتلقى عوضاً عنها، هو إبراء ذمته من الدين وملحقاته بالقدر الذي يستهلك من الغلة.

ومن هنا يتضح أنّ طبيعة هذا التصرف القانوني، اقتضت من المشرع أن يجعل استثمار المال المرهون حقاً للدائن، وواجباً عليه، كما يقول أنصار هذا الاتجاه، مظهر الحق فيه أنّه يستأثر بالثمرات وحده فلا يشاركه فيها أحد، ومناط الواجب أنّ هذا الاستثمار يقع بمقابل، يتمثل في خصم الدين وملحقاته، ومن ثم يمتنع عليه الانفراد وحده بالامتناع عن استثمار المال المرهون[3].

---

[1] ينظر المادة (1340) مدني عراقي. يقابلها نص المادة (1/1104) مدني مصري، والمادة (2085) مدني فرنسي.

[2] د. محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص405.

[3] د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص517. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص601.

كما ويضيف أنصار هذا الاتجاه رداً آخر، إذ يرون أنّه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاستثمار حق للمرتهن وواجباً عليه، فالمستأجر مثلاً يحق له استعمال المال المؤجر، ويفرض عليه القانون استعماله، إذا كان من شأن تركه بدون استعمال أن يتلف أو يخرب[1].

أما القول المتقدم بعدم جواز تقريب مركز الدائن المرتهن من المنتفع ،على أساس أنّ الدائن المرتهن لا يستطيع أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، فرد عليه أنصار هذا الاتجاه بالقول أنّ أساس هذا النقد الذي قال به أصحاب هذا الرأي، هو عدم مراعاتهم الطبيعة الخاصة لسلطة الاستثمار المكفولة للدائن المرتهن، فهذا الأخير يستثمر المال المرهون دائماً بعوض، وهو الوفاء التدريجي عن طريق استهلاك الدين وملحقاته، ومن هنا يظهر أنّ سلطة الاستثمار التي يكسبها الدائن المرتهن، تنفر بطبيعتها من أن يُنتفع بالمال المرهون بلا مقابل[2].

2- إنّ القول بأنّ المرتهن يستمد الحق في الاستثمار من عقد الرهن ذاته، يتعارض مع ما هو مسلم به من جواز الاتفاق على ترك محل الرهن بدون استثمار، فمتى ما كان هذا الاتفاق جائزاً فإنه لا يمكن القول باعتبار الاستثمار عنصراً من عناصر الرهن الحيازي، وعليه فلو كانت الغلة من حق المرتهن بموجب عقد الرهن لما أمكن الاتفاق على إعفاء المرتهن من الاستثمار، مع بقاء العقد رهناً كما كان، فالرهن الحيازي لا يخول المرتهن باعتباره كذلك سوى حق الحبس والتقدم والتتبع[3]، فإذا التزم المرتهن فعلاً بالاستثمار، فليس معنى ذلك أنّ هذا الاستثمار من حقه، بل أنّ هذا الاستثمار هو التزام متفرع عن الالتزام بالحفظ، فوجود العين في حيازة المرتهن يجعل استثمارها من ألزم واجباته، ذلك أنّ هذا الاستثمار يصبح متعذراً على المالك بعد خروج العين من حيازته، ولا يستطيع الراهن أن يستبقي لنفسه سلطة استثمار المرهون بعد أن خرجت العين من يده، لما في ذلك من تعطيل لحق الحبس الذي يعتبر من صميم الرهن الحيازي[4].

وردّ أصحاب هذا الاتجاه على الرأي المتقدم، والذي يرفض اعتبار سلطة الاستثمار عنصراً في الرهن الحيازي ما دام المشرع يجيز الاتفاق على ترك الشيء المرهون بغير استثمار، إذ يرون أنّ ذلك لا يمكن أن يشكل سنداً لتبرير القول المتقدم، فالاستثمار سلطةً تقررت لصالح المدين والدائن المرتهن معاً، وليس ثمة ما يمنع من أن تتلاقى إرادة الاثنين معاً على عدم ممارسة هذه السلطة وترك الشيء المرهون دون استثمار، وعندئذٍ يقتصر الرهن الحيازي على أداء الدور التقليدي في الضمانات الخاصة، وهو تربص الدائن المرتهن بالمال المرهون حتى يحين اجل الوفاء بالدين، فإن لم يقم المدين بسداده، يحق للدائن المرتهن استيفاء الدين من المقابل النقدي للشيء المرهون[5].

---

[1] د. عبد المنعم البدراوي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص359.
[2] د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص518 في الهامش.
[3] وهذا هو حكم الرهن الحيازي الوارد على المنقول في القانون المدني الفرنسي: ينظر المادة (2079) منه.
[4] د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص139. كذلك د. محمود جمال الدين زكي: ص405.
[5] د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص518.

3- أنّ أصحاب هذا الاتجاه قالوا بتطبيق النصوص القانونية المتعلقة بسلطات صاحب حق المنفعة، فيما يتعلق بالإجارة الصادرة عنه على الإجارة المبرمة من قبل الدائن المرتهن، من حيث وجوب انتهاء هذه الإجارة بانتهاء عقد الرهن، إذ في هذه الحالة يكون من المتعذر على المرتهن العثور على من يقبل إجارة المرهون إلى نهاية الرهن، إذا كانت هذه النهاية وشيكة الحلول، وفي هذا إضرار به وإضرار بالراهن في نفس الوقت[1].

وردّ أنصار هذا الاتجاه على هذا المأخذ بالقول أنّ هذا حق، ولكنه في واقع الحال اعتبار عملي لا يقف حائلاً دون التطبيق المنطقي لقواعد القانون، بل أنّ هذا الضرر يمكن تلافيه بالحصول على رضاء الراهن بالإيجار عن المدة الزائدة، لا سيما أنّه قد تكون له في ذلك مصلحة، إضافة إلى ذلك فإنّ القول بسريان الإيجار الصادر من الدائن المرتهن على الراهن بعد انقضاء الرهن لمدة قد تصل إلى ثلاث سنوات، قد يترتب عليه ضرر للراهن لا يوجد ما يبرره، خاصةً وأنّ الراهن قد يكون بحاجة إلى مالهِ المرهون[2].

المبحث الثالث: النيابة والأصالة بين القبول والرفض

من خلال استعراض الاتجاهات الفقهية آنفة الذكر، يبدو لنا أنّ الاتجاه الأول(أي الاتجاه القائل بتبني فكرة النيابة) هو الأجدر بالتأييد، فالدائن المرتهن يستثمر المال المرهون بوصفه نائباً إتفاقياً عن الراهن، ويمكن تدعيم هذا الاتجاه بذات الحجج السابق الإشارة إليها سلفاً، أما الانتقادات التي وجهت إليه، فيمكن الرد عليها بالآتي:

1-إنّ القول بأنّ النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية، بينما استثمار المال المرهون يتم بأعمال مادية، مردود عليه بان استثمار المال المرهون يتحقق من خلال تصرفات قانونية يأتيها المرتهن على المال، كما يتحقق من خلال أعمال مادية يباشرها عليه، فاستثمار المال المرهون ليس كله أعمال مادية وليس كله تصرفات قانونية، وإنّما هو خليط من هذا وذاك، ففي كثير من الأحيان يكلف النائب بإجراء تصرفات قانونية، تستوجب حتماً القيام ببعض الأعمال المادية، إذ لا يمكن القول بأنّ الوكيل لا يمكن أن يقوم بهذه الأعمال الأخيرة، فمثلاً الوكالة ببيع بضاعة معينة، تفرض على الوكيل القيام ببعض المساعي مثل التنقلات وبذل العناية للمحافظة على البضاعة ما دامت بعهدته، وهي أعمال مادية[3].

---

[1] د. عبد المنعم البدراوي: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص359. ينبغي التنويه هنا إلى أنّ الدكتور عبد المنعم البدراوي رغم أنّه من مناصري هذا الاتجاه، إلاّ أنّه لم يقل بتطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالإجارة الصادرة من صاحب حق المنفعة على المرتهن، بل قال بتطبيق النصوص القانونية التي تقضي باعتبار الإيجار الصادر من المرتهن، إيجارٌ صادر من شخص يملك حق الإدارة، فينفذ الإيجار في حق الراهن رغم انقضاء الرهن ما دام أنّ هذا الإيجار لا تجاوز مدته ثلاث سنوات.

[2] د. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، هامش ص603.

[3] ينظر موريس نخله: المرجع السابق، ص11-12.

فاستثمار الأرض الزراعية مثلاً يستوجب قيام المرتهن بحراثة الأرض وبذر البذور وسقي الأرض وغير ذلك، كما يستوجب شراء الآلات الزراعية والبذور والسماد اللازم لاستثمار الأرض الزراعية، وله كذلك أن يبرم عقود بيع المحصول الناتج عن استثمار الأرض الزراعية، وأن يقوم بأعمال الحفظ والصيانة اللازمة لهذا المال، كدفع ما يستحق عنه من ضرائب سنوية وغير ذلك من أعمال الحفظ والصيانة.

2- إنّ القول بأنّ النيابة لا تفترض بل لا بد من وجود اتفاق صريح أو ضمني عليها، وفي الرهن الحيازي، لا تتوافر لدى الراهن نية توكيل الدائن المرتهن في استثمار المال المرهون، مردود عليه بأنّ الراهن حين يرتب رهناً حيازياً على ماله، إنّما تنصرف نيته ضمناً إلى إنابة الدائن المرتهن في تولي شؤون إدارته، ومن ثم استثمار المال المرهون، وافتراض هذه النيابة إنّما يجد سنده في النظام القانوني الذي يحكم الرهن الحيازي، بما يقتضيه من تخلي الراهن عن حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن، فهذا التخلي عن الحيازة غير متصور إلا إذا كان مصحوباً بنية مفترضة لدى الراهن في توكيل الدائن المرتهن في القيام بأعمال الإدارة والاستثمار اللازمة لهذا المال، وإنكار وجود هذه النية يؤدي بنا إلى افتراض أنّ الراهن حين يرهن ماله حيازياً ويتخلى عن حيازته للدائن المرتهن دون إنابة هذا الأخير في القيام بما تقتضيه إدارة هذا المال واستثماره، فكأنّه يلقي بملكه في بوتقة الهلاك أو التلف، بتعطيل وشلّ إدارته واستثماره لحين انقضاء الرهن واسترداد المال المرهون[1].

3- إنّ القول بأنّ فكرة النيابة لا تستقيم مع أحكام القانون المدني التي تجيز تأجير العقار المرهون إلى الراهن، باعتبار أنّ ذلك يجعل للراهن صفةً مزدوجة في عقد الإيجار، فهو مستأجر بالأصالة عن نفسه، ومؤجر بواسطة النائب عنه وهو الدائن المرتهن، أي أنّ تأجير المال المرهون للراهن يجعل من الموكل مؤجر ومستأجر في نفس الوقت، وهذا قول مردودٌ عليه بأنّ الراهن حين يستأجر العقار المرهون، لا يباشر هذا الاستئجار بوصفه صاحباً للمال، وإنّما يستأجره كأي شخص راغب في الحصول على منفعته لقاء أجر معلوم، فالمشرع قد أراد بإجازة تأجير العقار المرهون إلى راهنه، تحقيق مصلحة الطرفين المتعاقدين الراهن والمرتهن، خصوصاً في الأحوال التي يكون فيها الراهن بحاجه إلى عقاره الذي قدمه للمرتهن تحت وطأة الظروف الاقتصادية التي أجبرته على تقديم عقاره كضمان مقابل الحصول على الدين المضمون، ففي مثل هذه الأحوال التي تعترض طرح العقار المرهون للتأجير لا يصبح أمام الدائن المرتهن لاستثمار العقار سوى مستأجر وحيد وهو صاحب العقار ذاته (الراهن)، مع مراعاة أنّ راهن العقار يباشر هذا الاستئجار ليس بصفته مالكاً له، وإنّما شأنه في ذلك شأن أي مستأجر آخر يرغب في الحصول على منفعة العقار المؤجر لقاء اجر، ومن ثم لا يجوز التعامل

[1] قريب من ذلك: زينة قدرة لطيف: آثار الرهن الحيازي بالنسبة الى الراهن– دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2008، ص57.

مع هذه الصورة من صور تأجير العقار المرهون، على أنّه تأجير لمالك المال بقدر ما يجب التعامل مع هذه الصورة على أنّه تأجير لمستأجر ما، يلتزم بدفع أجرته[1].

4- أما الاعتراض الذي مفاده أنّ اعتبار المرتهن نائباً عن الراهن، فإنّه يتعارض مع النصوص القانونية التي تحظر على من يملك حق الإدارة فقط، أن يعقد ايجاراً لمدة تزيد على ثلاث سنوات، على أساس أنّ النظر إلى المرتهن على انه نائب عن الراهن يستتبع نفاذ الإيجار المبرم من المرتهن مع الغير لمدة تزيد على ثلاث سنوات، فهذا الاعتراض مردود عليه؛ وذلك لأنّ الوكالة إما أن تكون صريحة ،وحينئذٍ يجب على الوكيل أن يتقيد في الحدود المرسومة له من إيجار أو غيره، سواء كان لمدة ثلاث سنوات أو اقل من ذلك أو أكثر، حسب ما محدد له، وان كانت الوكالة لا تصريح فيها ولا تحديد لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، فهذه الوكالة مع ذلك تخول الوكيل صفة القيام بأعمال الإدارة، ويدخل فيها الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات، وأعمال الحفظ والصيانة، واستيفاء الحقوق ووفاء الديون، ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه إدارة المال، كبيع المحصول وبيع البضاعة او المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشيء المرهون من أدوات لحفظه واستثماره[2].

فمن خلال ما تقدم نجد أنّه لا يوجد تلازم حتمي بين الأخذ بالنيابة وبين مسألة نفاذ الإيجار الذي يبرمه المرتهن لمدة تزيد على ثلاث سنوات، وإنّما هي مسألة خاضعة لاتفاق الطرفين المتعاقدين في حالة النيابة الاتفاقية، أو لنص القانون في حالة النيابة القانونية.

هذا عن صفة الدائن المرتهن وهو يستثمر الشيء المرهون، فما هي صفة العدل في حالة قيامه بهذا الاستثمار؟

إنَّ العدل وهو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه وأودعاه الرهن[3]، يباشر استثمار الشيء المرهون بصفته نائباً عن أطراف الرهن[4]، إذ أنّه نائب اتفاقي يجد سند تعيينه في الاتفاق المبرم بين طرفي الرهن(الراهن والدائن المرتهن)، فهو إذن وكيلاً عنهما[5]، حيث أنّ تعيين هذا العدل لم يأت بإرادة منفردة من أحد طرفي عقد

---

(1) قريب من ذلك: زينة قدرة لطيف: المرجع السابق، ص57.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، مج1، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان 2007، ص424.

(3) ينظر المادة (705) من مجلة الحكام العدلية.

(4) د. شاكر ناصر حيدر: المرجع السابق، ص194-195. كذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج10، المرجع السابق، ص789. كذلك د. محمد كامل مرسي: ص260.

(5) د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص407.

الرهن، وإنّما جاء بإرادتيهما المشتركة، فهو لم يعيّن إلا عند اتفاق الراهن والمرتهن عليه، سواء في عقد الرهن الحيازي ذاته أو حتى في اتفاق لاحق[1].

إضافة الى ذلك؛ فإنّه حتى عند تغيير العدل وليس مجرد التعيين المبدئي، يجب أن يتراضى طرفا الرهن سوياً (الراهن والمرتهن) على شخص العدل الجديد، فلا يجوز أن ينفرد أحدهما باتخاذ قرار تغيير العدل، فهو وكيل عنهما معاً، فإن اختلفا وجب الرجوع إلى محكمة الموضوع لاختيار العدل الذي تراه مناسباً، بما يحقق مصلحة الراهن والمرتهن معاً[2]. وما دام العدل نائباً عن طرفي الرهن فهو إذن يستثمر المال المرهون لحسابهما سويةً، فهو يحوز الشيء المرهون لحساب الراهن والمرتهن، حيث يحوزه لحساب الراهن فيما يتعلق بحق الملكية، ولحساب المرتهن فيما يتعلق بحق الرهن الحيازي[3].

وما يؤكد اعتبار العدل نائباً عن الطرفين وليس عن أحدهما دون الآخر، هو أنّ النائب إما أن يكون إتفاقياً وإما أن يكون قانونياً، والعدل لم يجرِ تعيينه بنص في القانون، وإنّما بموجب اتفاق من قبل الراهن والمرتهن، ومن ثم فهو نائب اتفاقي عن كليهما معاً، ولذلك كانت الحيازة بواسطة العدل وفق هذه التصور، تحقق ميزتين:

الميزة الأولى: هي تمكّن الدائن المرتهن من التخلص من التزامه بحفظ الشيء المرهون وإدارته واستثماره وردّه.

أمّا الميزة الثانية: فهي تسهيل رهن الشيء الواحد أكثر من مرة ضماناً لعدة ديون، حيث يحوز العدل الشيء المرهون بالنيابة عن الدائنين المرتهنين جميعاً ولحسابهم، أو يحوزه أحد المرتهنين أصالةً عن نفسه وبالنيابة عن سائر الدائنين، كما أنّ الحيازة بواسطة العدل لها فوائد بالنسبة للراهن، حيث تحميه من التصرفات التي قد يجريها المرتهن في المرهون إضراراً به [4] وهذا العدل قد يكون مأجوراً أو غير مأجور، فإن كان وكيلاً مأجوراً فيتعيّن عليه أن يبذل في مهنته عناية الرجل المعتاد، سواء زادت أو قلت عن عنايته بشؤونه الخاصة[5]، الخاصة[5]، أما إن كان غير مأجور، فلا يكون مسؤولاً إلا عن بذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد[6].

---

[1] د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه: المرجع السابق، ص514. كذلك د. صلاح الدين الناهي: المرجع السابق، ص137.

[2] ينظر المادة (1323) مدني عراقي.

[3] د. عبد الناصر توفيق العطار: التأمينات العينية، مطبعة السعادة، القاهرة، 1980، ص206.

[4] د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه: المرجع السابق، ص513. ود. محسن عبد الحميد البيه: المرجع السابق، ص577. ود. حسام الدين كامل الاهواني: المرجع السابق، ص675.

[5] د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص407.

[6] د. محمد علي إمام: المرجع السابق، ص522.

خاتمة

نشب خلاف فقهي كبير فيما يتعلق بتوصيف مركز القانوني للدائن المرتهن عند استثماره للشيء المرهون، إذ ذهب بعض الفقه إلى القول بأنّ الدائن المرتهن يُعدّ في استثماره للشيء المرهون حيازياً نائباً عن الراهن، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنّ الدائن المرتهن يُعدّ أصيلاً عن نفسه في استثماره للشيء المرهون، وأهم ما خلص إليه هذا الجدل الفقهي، يمكن أن نلخصه في ختام هذا البحث بمجموعة من النتائج، نبيّنها على النحو الآتي:

-ذهب أنصار اتجاه النيابة إلى أنّ المرتهن يستثمر المرهون بصفته نائباً عن الراهن، على أساس أنّ الراهن عندما يسلم المرهون إلى الدائن المرتهن، فإنّه يوكله وكالةً ضمنية في إدارته واستغلاله، إلّا إنهم اختلفوا حول طبيعة هذه النيابة، فمنهم من يرى أنّ هذه النيابة هي نيابة اتفاقية، يكون الدائن المرتهن وكيلاً عن الراهن في استثمار المال المرهون، وعقد الوكالة يجد أساسه في عقد الرهن ذاته، حيث يتضمن وكالةً ضمنية من الراهن في استثمار المرهون ما لم يتم الاتفاق صراحة على عدم استثمار المرهون، وبقائه من دون استثمار، لأنّ هذا الالتزام – على وفق هذا التوجه– وإن كان من طبيعة الرهن الحيازي، إلا أنّه ليس من مستلزماته، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه.

-إنّ ما يؤخذ على هذا الاتجاه هو أنّ عقد الوكالة يقتضي اتجاه إرادة الطرفين المتعاقدين إليها صراحةً، إذ يصعب القول بأنّ إرادة الراهن قد اتجهت ضمنا إلى توكيل المرتهن عنه في إدارة المال المرهون واستغلاله، إذ أنّه كان يفضل أصلاً استبقاء المال المرهون في حيازته ليباشر عليه الإدارة والاستغلال بنفسه، ولم تفلح محاولة أنصار هذا التوجه بالقول بأنّ النيابة هنا ليست اتفاقية (وكالة)، بل هي نيابة قانونية تقررت بنص القانون، لأنّ الراهن يجد نفسه بحكم ما يرتبه القانون على الرهن الحيازي من آثار، ملزماً بأن يترك حيازة محل الرهن وإدارته والقيام بإستثماره للمرتهن، فالقانون وليس الاتفاق بين الراهن والمرتهن هو الذي فرض للمرتهن سلطة استثمار المال المرهون لحساب الراهن.

-إنّ ما يراه أنصار اتجاه استثمار المرتهن للمرهون أصالة لا نيابة، بمقتضى سلطة يخولها إياه حقه العيني في الرهن الحيازي، باعتبار أنّ الراهن يتنازل بموجب عقد الرهن عن إحدى سلطاته باعتباره مالكاً، وهي سلطة الاستغلال إلى الدائن المرتهن، الذي يستولي بموجبها باعتباره حائزاً قانونياً لمحل الرهن على ثمار محل الرهن نظير خصم الصافي منه من أصل الدين، حيث يستأثر الدائن المرتهن في الرهن الحيازي بسلطة من سلطات المالك الأساسية، وهي استثمار المال المرهون، ومقابل هذا الاستثمار هو استهلاك الدين وملحقاته من عوائد الاستثمار، وبهذه المثابة يتجاوز الرهن الحيازي دور الضمان الخاص الذي يكفل تنفيذ الالتزام جبراً عند عدم قيام المدين بأدائه، ليصبح وسيلةً للوفاء التدريجي بالالتزام

-إنّ أهم ما وجه من انتقاد إلى فكرة الأصالة؛ هو التناقض في اعتبار استثمار محل الرهن حقاً للمرتهن وواجباً عليه في ذات الوقت، لأنّ الحق هو نقيض الواجب، ولا يمكن في الحقيقة أن يكون استثمار المرهون حقاً

للمرتهن، إلا إذا خول له الرهن حق الاحتفاظ بالغلة، حينئذٍ يمكن القول كما ذهب أصحاب هذا الاتجاه، إلى أنّ المرتهن يستأثر بسلطة تتفرع عن حق الملكية، ويصبح الرهن حقاً عينياً يقترب من حق الانتفاع، ولكن لا يمكننا التسليم بهذا التكييف، ولا بالتقريب بين المرتهن والمنتفع، إذا كان المرتهن لا يستطيع أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، لأنّ ذلك يتعارض مع صراحة النصوص القانونية، التي لا تجيز للدائن المرتهن الانتفاع بالشيء المرهون دون مقابل، وإلا عدّ صورة من صورة الإثراء بلا سبب.

-إنّ التصوير القانوني لأساس فكرة نيابة المرتهن للراهن في استثمار المال المرهون، هو التصور الذي نرجّح الأخذ به، كونه لا يتعارض مع اعتبار استثمار المال المرهون من الالتزامات التي تلقى على عاتق الدائن المرتهن، وذلك لأنّ الرهن الحيازي، هو تأمين عيني خاص يقوم على تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون، يتقرر بموجبه حق عيني تبعي، يتضمن فضلاً عن السلطات التقليدية في الحقوق العينية التبعية، وهي الأفضلية بالتقدم والتتبع، سلطة أخرى وهي استثمار المال المرهون، بشرط خصم الدين بأصله وملحقاته من غلة الاستثمار، وكأنّ الراهن إذا نقل إلى الدائن سلطة الاستثمار المتفرعة عن حق الملكية، يتلقى عوضاً عنها، هو إبراء ذمته من الدين وملحقاته بالقدر الذي يستهلك من الغلة، وهو تصور اقتضى من المشرع أن يجعل استثمار المال المرهون حقاً للدائن، وواجباً عليه في آنٍ معاً.

-لمّا كان العدل وهو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه وأودعاه المرهون، يباشر استثمار الشيء المرهون بصفته نائباً عن أطراف الرهن كليهما، فهو نائب اتفاقي يجد سند تعيينه في الاتفاق المبرم بين طرفي الرهن (المدين الراهن والدائن المرتهن)، فهو وكيلٌ عنهما معاً، فلم لم يأت باتفاق بينه وبين احد طرفي عقد الرهن، وإنّما جاء بإرادتيهما المشتركة، سواء في عقد الرهن الحيازي ذاته أو حتى في اتفاق لاحق.

التوصيات

1- من موازنة الطروحات التي تضمنها كلا الاتجاهين، يمكن القول بترجيح الإتجاه القائل بالاستناد إلى فكرة النيابة، المنشئة لحق للدائن المرتهن في استثمار المرهون، ولهذا نوصي المشرع المدني بتبني فكرة نيابة المستثمر، سواء كان راهنا أو عدلا، والفرق بينهما هو أنّ الراهن يعدّ نائبا اتفاقيا عن المرتهن، والعدل هو نائب اتفاقي عن الراهن والمرتهن معاً، و تعديل النصوص القانونية الخاصة بالرهن الحيازي على وفق هذا التوجه، فنحن وفق الوضع التشريعي الحالي، لا يمكننا الجزم بأنّ النيابة هنا هي نيابةً قانونية أو نيابةً اتفاقية، وذلك فيما يتعلق بالاستثمار المعتاد للشيء المرهون، إلّا أنّه يمكن الجزم بأنّ النيابة المتعلقة بالاستثمار غير المعتاد للشيء المرهون، والمؤدي إلى إحداث تغييرات أساسية في الشيء المرهون أو تعديل في الغرض الذي أُعدّ له هي نيابة اتفاقية، وذلك لأنّ الاستثمار غير المعتاد للشيء المرهون، لا يمكن أن يتقرر إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين.

2- كما ونتوجه بتوصيتنا الثانية إلى القضاء بالقول؛ بأنّ عملية استثمار الدائن المرتهن للشيء المرهون ذات طبيعة مزدوجة، فهي من جهة تمثل التزاماً يقع على عاتق الدائن المرتهن، ومن جهة أخرى يمكن النظر إليها على أنّها حق للدائن المرتهن وليس التزاماً يقع على عاتقه، مظهر الحق فيه أنّه يستأثر بالثمرات وحده فلا

يشاركه فيها احد، ومناط الواجب أنّ هذا الاستثمار يقع بمقابل، يتمثل في خصم الدين وملحقاته من عوائد هذا الاستثمار، وهو ما يعني ضرورة أن تنظر المحكمة إلى عملية الاستثمار على أنّها عملية قانونية ذات مغزى اقتصادي، تحقق فوائد لكلا جانبي الرهن، فرضتها تطورات التعامل التجاري لحديث ومقتضيات تيسير عمليات الضمان والائتمان، فلا ينبغي أن يقف القاضي أمام النصوص القانونية وقفة صمّاء لا تراعي جوانب التطور الحديث، وإنّما ينبغي أن ينظر في تطبيقه وتفسيره لنصوص القانون واستشراف إرادة المتعاقدين ورغباتهما وغاياتهما المشروعة من عملية الرهن الحيازي التي لم تعد عملية بسيطة كما كانت تقليدياً، بقدر ما أصبحت عملية مركبة من تداخل عدة جهات وأوضاع قانونية متنوعة، ينبغي أن تؤخذ جميعها بنظر الاعتبار.